



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Funcionamiento de la Revisión de proyectos de regulación estatal por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de proyectos de regulación sobre servicios públicos domiciliarios¹

Jenny Carolina Pinzón Sandoval
Universidad Católica de Colombia

Resumen

El presente artículo tiene como propósito principal revisar cómo se desarrolla la revisión de proyectos de regulación sobre servicios públicos domiciliarios por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. Para tal fin, es necesario precisar los aspectos legales asociados al derecho de la competencia. En efecto, es menester establecer lo relativo a los antecedentes sobre la protección y promoción de la competencia, la entidad encargada y la función de la abogacía de la competencia.

Con esta claridad, los servicios públicos domiciliarios son mercados que se encuentra bajo el estricto control y vigilancia del Estado, precisamente por los compromisos que tienen sus prestaciones con los ciudadanos y su bienestar. Por esta razón, los conceptos de abogacía en este tipo de mercados tienen una mayor importancia en cuanto son dispositivos para garantizar la correcta competencia dentro de esta clase de mercados con precios usualmente regulados y con controles estrictos tarifarios y de calidad.

Palabras clave: Colombia, Derecho de la Competencia, Regulación estatal, Intervención del Estado, Abogacía de la competencia, Servicios públicos domiciliarios.

Abstract

The main purpose of this article is to review how the revision of regulatory projects on residential public services by the Superintendence of Industry and Commerce is carried out. For this purpose, it is necessary to specify the legal aspects associated with competition law. Indeed, it is necessary

¹ Artículo de reflexión elaborado por Jenny Carolina Pinzón Sandoval, estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, con materias culminadas, correo electrónico jcpinzon06@ucatolica.edu.co como Trabajo de Grado para optar al Título de Abogada, bajo la dirección del, Docente Juan Carlos Jiménez de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, 2019.

to establish the relative background on the protection and promotion of competition, the entity in charge and the role of competition law.

With this clarity, the domiciliary public services are markets that are under the strict control and surveillance of the State, precisely because of the commitments that their benefits have with the citizens and their well-being. For this reason, the concepts of advocacy in this type of markets are of greater importance as they are devices to guarantee the correct competition within this class of markets with usually regulated prices and with strict rate and quality controls.

Keywords: Colombia, Competition Law, State Regulation, State Intervention, Competition Law, Home Public Services

Sumario.

Introducción. 1. El derecho de la competencia antecedentes y su desarrollo en Colombia. 2. La abogacía de la competencia en Colombia. 3. La prestación de servicios públicos domiciliarios en Colombia. Conclusiones. Referencias.

Introducción

¿Cómo funciona la revisión de proyectos de regulación estatal por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de proyectos de regulación sobre servicios públicos domiciliarios? Este es el planteamiento a resolverse en el presente artículo. Para tal fin, el trabajo se articula en 4 apartados a saber. En el primero resulta indispensable abordar algunos antecedentes sobre el derecho de la competencia y su contenido. En el segundo, se desarrolla el tema de la abogacía y su función preventiva en materia de intervenciones regulatorias. En el tercero, se precisan algunos aspectos asociados a la comprensión de los servicios públicos domiciliarios y sus principales retos desde el derecho de la competencia, aquí se llama la atención sobre un caso particular asociado a la capacidad de compra dentro del servicio de gas. Finalmente, en el cuarto se presentan algunas conclusiones generales del presente trabajo.

Dicho esto, debe tenerse en cuenta que, el derecho de competencia es un área del conocimiento legal que tiene como propósito la protección de los derechos de los consumidores y la garantía del derecho a la libre empresa y la libre competencia en los mercados. Estas funciones, las desarrolla a partir de la identificación y posterior prohibición de conductas o hechos que impidan el desarrollo

normal de los mercados y genere condiciones de desigualdad entre sus actores (Superintendencia de Industria y Comercio, 2019).

En Colombia la entidad pública que tiene a su cargo la protección de la libre competencia y los derechos de los consumidores en general es la Superintendencia de Industria y Comercio. Se trata de una entidad pública adscrita al Ministerio de Comercio Industria y Turismo que cumple funciones de carácter administrativo y jurisdiccional, en materias como propiedad industrial, protección al consumidor, protección de la competencia, reglamentos técnicos, protección de datos personales, entre otros.

Ahora bien, dentro de la función de protección de la competencia adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio se han desarrollado varios aspectos importantes, uno de ellos es la abogacía de la competencia, un concepto nace del Decreto 2897 de 2012, y hace referencia a la necesidad de someter a verificación en materia de libre competencia los proyectos regulatorios del diversas entidades del Estado, entre ellas las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios (De la Calle, 2012).

El presente artículo de reflexión es desarrollado mediante la aplicación de la metodología doctrinal y jurisprudencial hermenéutica (Agudelo, 2018), realizada mediante la revisión y análisis de libros, artículos de investigación publicados en revistas indexadas, cifras estadísticas e informes sectoriales y jurisprudencia, que abordará temas como la noción del derecho de la competencia en Colombia, el proceso de abogacía de la competencia en materia de proyectos regulatorios y su aplicación a normas referentes a servicios públicos domiciliarios en Colombia.

Finalmente, se hace un comentario a la metodología empleada para la elaboración del documento, el cual privilegia una perspectiva descriptiva del sistema jurídico, que pretende establecer la pertinencia que tiene el concepto de la abogacía en la regulación de servicios públicos.

1. El derecho de la competencia antecedentes y su desarrollo en Colombia

El Derecho de la Competencia puede describirse como el “conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público” (Miranda & Gutierrez, 2006, p269).

La mayoría de la doctrina está de acuerdo en señalar que el derecho de la competencia tuvo su origen en el siglo XIX en los Estados Unidos de América. Sin embargo, autores como Jiménez (2019) señala que previo a la fecha señalada, existieron importantes antecedentes durante el imperio romano y la edad media, donde se determinaba por parte del gobernador quienes podían desarrollar una actividad económica en los diferentes mercados.

Ahora bien, durante la guerra civil en Estados Unidos hacia 1861 y hasta 1980 la aparición de acuerdos económicos y carteles de precios entre empresarios que tenían como objetivo monopolizar los mercados para lograr estabilidad del precio y alcanzar los máximos rendimientos de cada bien o servicio sin consideración alguna frente a los consumidores y su capacidad adquisitiva. Esta situación obligó al Congreso estadounidense a tomar medidas legales sobre el comportamiento de los agentes en los mercados, especialmente porque esta clase de comportamientos repercutía de manera desfavorable en los intereses de los consumidores.

De este modo, el Congreso decide expedir una serie de normas de carácter comercial, que se conocen en inglés como *antitrust law* y en español puede traducirse como leyes antimonopolísticas y posteriormente en 1890 se aprueba la ley Sherman, que tiene como objetivo principal destruir todas las acciones tendientes a restringir el comercio y a crear monopolios en el mercado (Ossa, 2014).

Asimismo, para controlar la posición dominante en el mercado y los posibles monopolios se expidió la Ley Clayton y la Ley de la comisión federal de comercio, que se enfocan en prohibir las fusiones o adquisiciones, que puedan debilitar la competencia y generar métodos de competencia injustos. Todo este marco legal aprobado por el Congreso norteamericano constituyeron una serie de reglas generales que han sido aplicadas por las cortes federales por más de cien años, todas estas sentencias crean una estructura compleja de precedente jurisprudencial que ha servido de guía normativa para la creación del derecho de competencia en muchos países.

Ahora bien, como lo indica Velandia (2011) en el caso colombiano si bien la Constitución Política de 1886 no consagró en su momento la libre competencia como un derecho, si consideró derechos como la libertad de asociación, la libertad de oficio, la propiedad privada, la libertad de empresa y la intervención del Estado en la economía, y de este modo comenzó a regular el mercado protegiéndolo de prácticas que afecten la economía y el mercado nacional.

Si bien esto no es nuevo, ya que anteriormente estos asuntos habían sido tratados con anterioridad por la Ley 55 de 1959, dichos preceptos no tuvieron mucho éxito. Esta Ley fue expedida bajo el gobierno de Alberto Lleras Camargo, redactado como proyecto de ley por Hernando Agudelo Villa, ministro de hacienda de dicho gobierno, bajo el título de *“Por el cual se dictan normas sobre prácticas restrictivas comerciales”* En la exposición de motivos de este proyecto de Ley el doctor Agudelo Villa explico que se debía garantizar la competencia con el fin de proteger tanto a consumidores como pequeños empresarios de los abusos de grandes empresas, de la misma manera argumento la necesidad de regular las practicas mercantiles debido a la industrialización que había sufrido el país en los últimos años y a la concentración de riqueza (Palacios, 2013).

En este contexto y de acuerdo a lo expresado por el Artículo 1 de la Ley 155 de 1959 al tenor literal, lo siguiente:

Artículo 1. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

Aunque esta Ley no tuvo la eficacia esperada en el momento, marcó un hito importante en la creación de la competencia como derecho en Colombia y es hasta hoy un modelo importante en las prácticas mercantiles. Posteriormente se expidió el Decreto 1302 de 1964 que reglamenta la Ley 155 de 1959 y hace un exposición sobre una serie informes que debían en su momento rendir las empresas, a las entidades de gobierno.

Posteriormente, el Gobierno colombiano evidencia la necesidad de intervenir en la economía con el fin de controlar las alzas indiscriminadas de precios en productos considerados de primera necesidad y tarifas de los servicios públicos, en esa medida decide a través del Decreto 2562 del 07 de octubre de 1968 crear la Superintendencia Nacional de Precios, quien era una entidad de la rama ejecutiva, adscrita en su momento al Ministerio de Fomento. Esta entidad tendría funciones de análisis sobre restricción de la competencia y sobre estudios de comportamiento de precios de productos en el mercado. En el año 1976, el Decreto 149 de 1976 desaparece del ordenamiento jurídico colombiano la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, y crea la

Superintendencia de Industria y Comercio, reestructurada en el año 1992 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2019).

Con la creación de la Superintendencia de Industria y Comercio dio claridad a varios aspectos, fundamentalmente frente a los acuerdos anticompetitivos, que hacen referencia a todo contrato, convenio, concertación, o práctica concertada o paralela entre dos o más empresas, que prevenga, restrinja, o distorsione la competencia o tenga la potencialidad de surtir uno de estos efectos (Brokelmann, 2009).

Ahora bien, como lo indica Flórez (2011) ya en la Constitución de 1991 en el Artículo 88 se consagro de manera expresa la libre competencia como un derecho colectivo, y su vez el Artículo 333 indica que cada individuo puede emprender una actividad económica, siempre y cuando esta sea legal, lo que se conoce como la libre empresa.

En este sentido, se impone la obligación al Estado de garantizar dichos principios, es esté el director general de la economía como lo consigna la Carta política, quien debe emitir la regulación pertinente a través de su facultad de intervención, esto teniendo en cuenta que como lo expresa Cataño (2001), desde la teoría de la política económica y de la regulación económica se concibe la existencia de un mundo imperfecto e ineficiente, el cual no puede regular los mercados por si solo, en razón de las fallas de mercado y el mismo comportamiento de los agentes.

Como ya es sabido la constitución de 1991 es el resultado de la liberalización de la economía del país, cuyo principal objetivo es dar garantías a la inversión extranjera y proteger el mercado de prácticas monopolísticas para permitir el crecimiento de este mediante la creación de nuevas empresas.

En concordancia con lo anterior, de acuerdo con el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan por objeto o como efecto: Fijar precios de bienes o servicios, determinar las condiciones de comercialización de productos que afecten a terceros, el reparto de mercado entre productores o entre distribuidores, entre otros.

En el evento en el cual la Superintendencia tenga conocimiento de estas prácticas que afectan la libre competencia, deberá proceder a investigar dichos eventos para determinar la existencia o no

de prácticas restrictivas, e imponer multas en los casos que se compruebe la misma. De igual manera, la Superintendencia analiza las posibles integraciones empresariales, con el fin de evitar concentraciones del mercado y un desequilibrio del mismo.

2. La abogacía de la competencia en Colombia

La abogacía de la competencia es un mecanismo para evaluar la regulación emitida por las instituciones estatales y asesorar al gobierno nacional en sus políticas, con el fin de que las mismas no restrinjan la libre competencia. Dicha figura se encuentra en el artículo 5 del Decreto 2897 de 2010:

Artículo 5. La autoridad que se proponga expedir un acto administrativo con fines regulatorios deberá evaluar su posible incidencia sobre la libre competencia con base en el cuestionario que adoptará la Superintendencia de Industria y Comercio mediante una resolución de carácter general. Esa evaluación deberá realizarla antes de someter a consideración de la Superintendencia de Industria y Comercio el proyecto de acto regulatorio.

Así entonces, la Delegatura de Abogacía de la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio se puede definir como una actividad administrativa realizada para la promoción de la competencia, que tiene un alcance a nivel nacional, y le permite asesorar al Gobierno Nacional en la protección de la competencia, desde la elaboración de los proyectos regulatorios que se emitan desde el mismo.

Lo anterior, teniendo en cuenta que desde la Constitución Política de 1991, se señaló en el artículo 88 la importancia del reconocimiento a la libre competencia, indicando que la misma es un derecho colectivo que termina favoreciendo a la sociedad en general, ya que su debida aplicación garantiza que los competidores de un mercado, puedan actuar en él, bajo las condiciones propias del mercado, sin que exista injerencia de externalidades, así entonces, una intervención del Estado en los mercados y la economía, la misma se ciñe a los preceptos de libre empresa y libre competencia. (Soto, 2014).

En cuanto los sujetos obligados a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los actos administrativos regulatorios que expida y diligenciar el cuestionario establecido por dicha

Superintendencia, la figura 1, que se muestra a continuación, permite evidenciarlos de manera clara.

Figura 1. Sujetos obligados en materia de abogacía de la competencia



Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio (2017).

Esta situación revela la ejecución del Estado colombiano de su potestad de intervenir en la economía, desde la entidad experta en materia de competencia, aun regulando la expedición de actos administrativos de sus propios órganos, con lo anterior, se busca garantizar que ninguno de estos incida negativamente en la competencia de un mercado.

Esta iniciativa, tiene como objetivo beneficiar tanto a los oferentes como a los usuarios o compradores que son los directamente afectados en los casos que se presenta obstaculización de la libre competencia, tal como lo indica Alarcón (2018):

No es posible señalar que la protección de la competencia abogue únicamente por el resguardo de los comerciantes o empresarios con el fin de evitar distorsiones en el mercado, ni mucho menos que se olvide este enfoque y se atienda solamente al consumidor y a los pequeños empresarios; todos los agentes económicos —oferentes o demandantes de bienes

y servicios en el mercado— requieren de medidas que garanticen que las condiciones en que se produce el proceso de intercambio sean claras y leales (p.177).

En este sentido, la abogacía de la competencia busca ejercer un grado de control dentro del Estado a la regulación expedida por las autoridades de la rama ejecutiva del orden nacional, fomentando la libertad de competencia en su sentido amplio, mediante el ejercicio de supervisión a la intervención del Estado en la economía.

2.1 Cuestionario de abogacía de la competencia:

La Superintendencia de industria y comercio diseño un cuestionario que debe ser diligenciado en su totalidad por las entidades públicas obligadas mencionadas anteriormente, al momento de expedir un acto administrativo de carácter regulatorio. Este se adoptó a través de la expedición de la Resolución 44649 de 2010 de la Superintendencia.

Dicho cuestionario establece como primera pregunta “¿La regulación limita el número o la variedad de las empresas en uno o varios mercados relevantes relacionados?” esto hace referencia a la imposición de barreras de entrada o permanencia a los participantes del mercado que se esta regulando.

En este sentido, es necesario indicar que las barreras se entienden como obstáculos que se presentan en un mercado para el ingreso de nuevos competidores, en este sentido Porter (1998) citado por Poza, Mateo & Solana (2012) clasifica dichas barreras en las siguientes:

Las barreras de entrada, podrían dividirse en diez aspectos: economías de escala, diferenciación del producto, inversión necesaria, costos del cambio de proveedor, acceso a los canales de distribución, ventajas en costo independientes de las economías de escala, políticas de la administración, reacción esperada, precio disuasorio al ingreso y características adicionales de las barreras de ingreso. Las economías de escala marcan un tamaño crítico para penetrar en un mercado, o se posee un tamaño mínimo o no se está en condiciones de competir (p.186).

En esa medida la pregunta de la Superintendencia en este caso va dirigida a indagar sobre si la regulación expedida está imponiendo algún tipo de barrera de entrada a alguna empresa, en un mercado o en varios, en los cuales tiene presencia.

La segunda pregunta de dicho cuestionario, expresa al tenor literal “¿La regulación limita la capacidad de las empresas para competir en uno o varios mercados relevantes relacionados?”, este cuestionamiento va dirigido a determinar si mediante la regulación se está imponiendo límites a la participación de las empresas, o se están regulando aspectos como precios, procesos de producción, publicidad de los productos, entre otros.

Por último, la tercera pregunta indica, lo siguiente ¿La regulación implica reducir los incentivos de las empresas para competir en uno o varios mercados relevantes relacionados?, es importante advertir en este punto como lo indica García (2011) los incentivos son concretamente herramientas diseñadas en este caso por el Estado dentro de la función de intervención en la economía para lograr influir en el comportamiento de un actor dentro de un mercado. Con esto buscan que existan una pluralidad de oferentes y los compradores se beneficien con la oferta de un producto o servicio.

Ahora bien, resuelto dicho cuestionario a continuación se analizará el otro paso dentro del procedimiento establecido en el marco de la abogacía de la competencia, y posteriormente se entrará a analizar un caso concreto del sector de servicios públicos domiciliarios.

2.2 Procedimiento posterior al diligenciamiento de la encuesta:

La entidad publica una vez diligenciado el cuestionario, y en el caso de que las respuestas a todas las preguntas resulten negativas, considerará que el acto administrativo regulatorio no afecta indebidamente la libre competencia económica y no deberá informarlo a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Ahora bien, en caso contrario, es decir cuando alguna de las respuestas a la pregunta resulté afirmativa, la entidad que lo expide puede modificar el acto de modo que varié dicha respuesta o desechar dicho acto y mirar nuevas opciones regulatorias que le permitan cumplir su objetivo. Ahora bien, hecho lo anterior, y en el caso de que en el proyecto sigan existiendo circunstancias que puedan alterar la competencia, se deberá remitir a la delegatura de abogacía de la competencia

el proyecto, junto con los documentos que se mencionan en la figura 2 que se muestra a continuación.

Figura 2. Documentos para tramite de abogacía de la competencia en la SIC



Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio (2017).

Finalmente, la Superintendencia de Industria y Comercio evaluará dicho proyecto y emitirá un concepto al respecto, que si bien no es vinculante; comporta unas obligaciones para la entidad que está emitiendo el mismo, ya que la finalidad de este trámite es precisamente la protección de la libre competencia.

Es importante advertir que la regulación emitida sobre servicios públicos domiciliarios, debe cumplir con el requisito de diligenciamiento de la encuesta de abogacía de la competencia, previo a su expedición, esto con el fin de controlar las restricciones de la competencia que puedan presentarse en estos mercados.

3. La prestación de servicios públicos domiciliarios en Colombia.

Sobre el tema de prestación de servicios públicos en Colombia la Constitución política de 1991 señala que dicha actividad tiene como finalidad se garantiza el bienestar de los ciudadanos, de allí su importancia en un Estado social de Derecho. Echeverri (2013) señala que la naturaleza jurídico-política del Estado colombiano lo concibe como un “Estado de prestaciones” a favor de todos los

asociados, de manera que el Estado se encuentra en la obligación de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes.

Ahora bien, en cuanto los servicios públicos domiciliarios, la Corte Constitucional al respecto ha indicado que son:

Son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas (Corte Constitucional, T-578, 1992).

Es preciso resaltar, que esta clase de servicios tiene ciertas características, como lo son que no son prestados directamente por el Estado, más sin embargo este conserva la facultad exclusiva de emitir su regulación y las facultades de inspección, vigilancia y control sobre los mismos, de igual manera como lo indica la Corte Constitucional, se prestan a través de redes físicas que llegan a predios concretos (Cárdenas, 2017).

En el campo de los servicios públicos domiciliarios, la regulación económica va más allá de la fijación de tarifas, ya que para con el fin de garantizar la confiabilidad y ampliar la cobertura de este tipo de servicios, se fijan una serie de reglas para las empresas prestadoras, que son fijadas concretamente por las comisiones de regulación. En ese sentido, como lo indica Gómez (2018):

La regulación puede buscar fines puramente tarifarios mediante el control de precios que pueden cobrar las empresas (price cap), mediante el control del ingreso (revenue cap) o a través del control de los costos eficientes de las actividades que se desarrollan en algún mercado específico (p10).

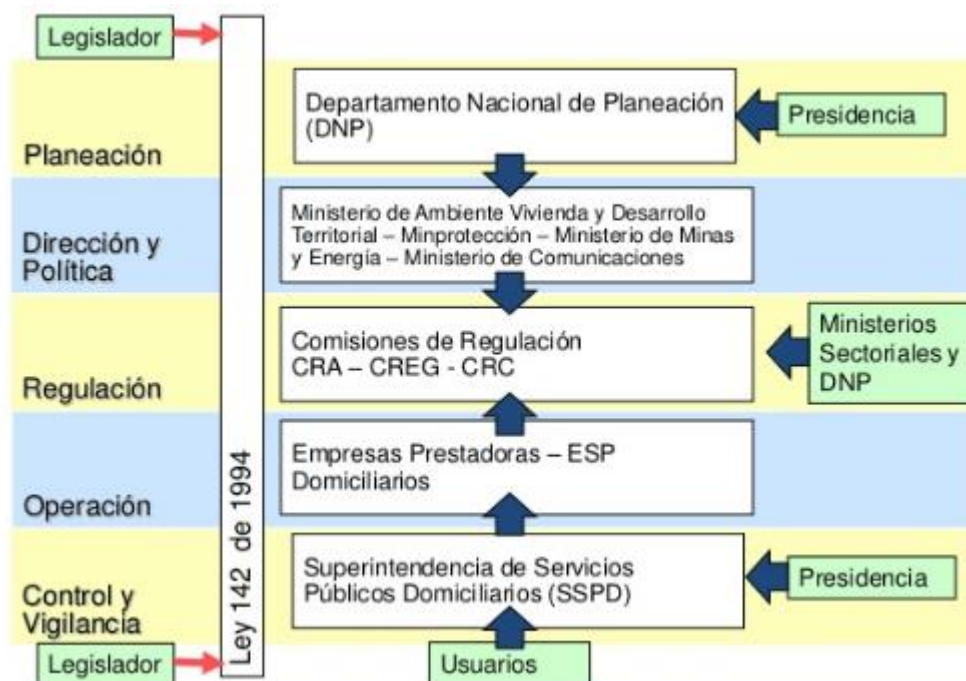
Cabe resaltar que el Estado tiene a su cargo la regulación de los servicios públicos domiciliarios, de manera exclusiva, en esa medida como lo expresan Miranda & Márquez (2004) dicha potestad se mantuvo en cabeza del Estado colombiano para que mediante la regulación se lograra la promoción de la competencia, la regulación de los monopolios existentes en este mercado, y la efectiva prestación de los servicios a la comunidad mediante una tarifa razonable que permita el acceso a todas las personas.

Finalmente, debe resaltarse que, la regulación económica es una forma de intervención del Estado en la economía, la cual Posner (1974) señala como la definición de todo tipo de impuestos y subsidios, así como los controles legislativos y el control sobre la actividad económica que se realiza en el Estado, que debe ir encaminada a la política fijada por el Estado, esto es la fijación de unas reglas de participación para los agentes económicos que participan en un mercado.

3.1 Organización de los servicios públicos en Colombia:

Los servicios públicos domiciliarios en Colombia, se encuentran regulados por las disposiciones emanadas del legislador en la Ley 142 de 1994, denominado como “régimen de servicios públicos domiciliarios”, a través de esta norma se señala la institucionalidad del sector, y las entidades públicas que intervienen en la planeación del sector, la fijación de políticas, y la regulación económica para los agentes prestadores. La figura 3 que se muestra a continuación evidencia la institucionalidad del sector.

Figura 3. Institucionalidad de los servicios públicos domiciliarios en Colombia.



Fuente: ANDESCO (2012).

La grafica anterior muestra que la Ley 142 de 1994 dispone que la planeación del sector de servicios públicos domiciliarios en cuanto ampliación de redes y cobertura están a cargo del Departamento Nacional de Planeación, la fijación de la política de cada uno de los servicios está a cargo de ministerio del ramo correspondiente, con base en dicha política para, las Comisiones de Regulación expiden la regulación económica los servicios públicos, y a su vez la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es la encargada de la inspección, vigilancia y control de las empresas prestadoras.

En ese sentido, en Colombia existe la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), entidad adscrita al Ministerio de Minas y Energía, quien regula las materias concernientes a los servicios públicos de energía eléctrica, gas por redes de tubería, Gas licuado de petróleo (GLP) y algunas funciones sobre el mercado de combustibles líquidos (Gil Botero, 2010).

Por otro lado está la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), entidad adscrita al Ministerio de Vivienda y desarrolla la regulación para la prestación del servicio público domiciliario de agua potable, alcantarillado y saneamiento básico. Los actos administrativos que contengan regulación económica emitida en el campo de los servicios públicos domiciliarios debe ser sometida previo su expedición al análisis de abogacía de la competencia, en esa medida todo acto administrativo de carácter general deberá surtir el proceso de diligenciamiento del cuestionario y su envío a la Superintendencia junto con el proyecto regulatorio.

Lo anterior, se realiza inicialmente con el diligenciamiento de los cuestionarios que fueron analizados previamente por parte de la entidad que va a emitir la norma de tipo regulatorio.

Ahora bien, dicho lo anterior, se analizará un caso donde a pesar del sometimiento del acto al trámite de delegatura de la competencia se afectó la libre competencia en el mercado del servicio público domiciliario de GLP.

3.2 La Capacidad de compra como medida regulatoria que restringe la competencia:

En materia de prestación de servicios públicos que las Comisiones de Regulación de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, deben emitir la regulación bajo la cual se prestaran los servicios públicos domiciliarios y adicionalmente promover la competencia de

manera que dicha prestación resulta económicamente eficiente, y no exista abuso de la posición dominante, ni acuerdos anticompetitivos (Lenis, 2004).

El Gas Licuado de Petróleo es un combustible líquido derivado del petróleo, el cual tiene diversos usos tanto a nivel residencial como a nivel comercial, generalmente este combustible se almacena en cilindros los cuales se comercializan a viviendas y a locales comerciales que no tiene acceso al servicio público de gas domiciliario por redes de tubería (Chaux, 2012).

Ahora bien, una de las medidas regulatorias que estableció la CREG, es la capacidad de compra adoptada mediante la Resolución CREG 063 de 2016 que señala parámetros de conducta y participación de los agentes en el mercado de GLP, establece una restricción de adquisición de producto por parte de las empresas distribuidoras.

Así entonces, la cantidad total de GLP, medida en kilogramos, a la que puede tener acceso un distribuidor la determinara la cantidad de activos que posea y estén debidamente reportados ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. En esa medida si bien, la Comisión de regulación de energía y gas motiva la expedición de su acto en establecer parámetros de conducta que permitan eliminar del mercado comportamientos dañinos entre los agentes, en este caso tendría que ser la Superintendencia quien investigue y sancione dichos hechos (Rozo, 2006).

En este caso concreto, la Resolución 063 de 2016 señalo unas reglas de comportamiento para los agentes, una de la reglas más discutidas es la restricción de los agentes para la compra del producto en razón a la cantidad de activos con la que cuente, esta norma al restringir la oferta del producto, restringe la competencia en el mercado abiertamente.

Precisamente debido a lo anterior, la SIC en el concepto sobre este proyecto, indico que el mismo restringe la competencia y señalo una serie de recomendaciones para la modificación del proyecto, como la siguiente:

Con el fin de mitigar el riesgo de free riding y evitar que se desincentive el crecimiento de las inversiones de los distribuidores en el mercado, se podría condicionar la entrega efectiva de GLP, en vez de la compra, a la existencia de capacidad disponible. Así, el distribuidor podría resultar asignatario de cantidades de GLP superiores a su capacidad disponible (Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 16-088498, 2016).

No obstante la consideración anterior, la CREG no acogió dicha sugerencia. Lo anterior al considerar que los conceptos emitidos por la SIC dentro del trámite de abogacía de la competencia no resultan de obligatorio cumplimiento para las entidades, lo que da como resultado que pese a la restricción del mercado que pueda causar la regulación emitida por una entidad pública, la misma pese a las observaciones de la SIC pueda ser emitida.

Conclusiones

El trámite de abogacía de la competencia en Colombia, se crea con el objetivo de evitar que con la regulación emitida por entidades estatales se restrinja de alguna manera la libre competencia en mercados determinados. El diligenciamiento del cuestionario, y la posterior revisión de la Superintendencia de Industria y Comercio permiten evaluar las condiciones concretas de un mercado, para evaluar si las reglas que se piensan imponer dentro del mismo podrían significar la restricción para algún agente que participe en dicho mercado.

En materia de servicios públicos domiciliarios, el trámite de abogacía de la competencia se presenta del mismo modo, así entonces al momento en que la Comisión de regulación va a expedir una Resolución de carácter general debe diligenciar los cuestionarios, dicha evaluación se enviará posteriormente a la SIC para que evalúe el proyecto junto con el cuestionario diligenciado. Dicha evaluación dará como resultado un concepto de la SIC que en todo caso no es de obligatorio cumplimiento para la entidad pública que emitirá dicho proyecto.

Así entonces, que el concepto dado por la SIC no sea vinculante es una debilidad manifiesta del proceso de abogacía de la competencia en el caso de proyectos regulatorios, ya que si bien desde esta entidad se puede considerar que existe una afectación a la libre competencia, la consideración o no de los comentarios hechos por la misma no inciden en la expedición final del acto.

Esto se puede evidenciar claramente en el ejemplo expuesto en la presente investigación, con la regulación emitida respecto de la medida de capacidad de compra, ya que si bien dentro del concepto dado por la SIC, se advirtió que se debía considerar condicionar la entrega efectiva de GLP, en vez de la compra, a la existencia de capacidad disponible. Lo anterior, con el fin de evitar que se desincentiven las inversiones en el sector. De igual manera, la SIC considera viable que la

CREG diseñe un mecanismo de trazabilidad que permite identificar posibles declaraciones sobreestimadas de la capacidad de envasado.

No obstante, los anteriores comentarios realizados por la entidad pública encargada de los asuntos de competencia en Colombia, la CREG decidió no acoger los mismos, y expidió la Resolución 063 de 2016 con la restricción de compra que evidentemente representa una restricción a la competencia dentro de este mercado.

Referencias

- Agudelo, Ó. A. (2018). Los calificativos del derecho en las formas de investigación jurídica. En Ó. A. Agudelo-Giraldo, J. E. León Molina, M. A. Prieto Salas, A. Alarcón-Peña & J. C. Jiménez-Triana. La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación (pp. 17-44). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Alarcón, A. (2018). Protección de la libre competencia en Colombia: Influencia de la ley tipo de defensa de la competencia de UNCTAD y otros antecedentes normativos foráneos. En O. Woolcott-Oyague, D. F. Monje-Mayorca, G. Comandé, R. A. Peláez Hernández & A. Alarcón-Peña. Estudios contemporáneos de derecho privado: responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones (pp. 171-209). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Brokelmann, H. (2009). Prácticas concertadas y conscientemente paralelas. Revista Martínez Lage y Petitbó Juan. Recuperado de https://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE001-05_Practicas_concertadas_concientemente_paralelas-Brokelmann.pdf
- Cárdenas, J. (2017). Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios (2nd ed.). Bogotá: Editorial Instituto Americano de Altos Estudios ILAE.
- Cataño, J. (2001). ¿Por Qué El Predominio De La Teoría Neoclásica? Cuadernos de Economía, 20(34), 281-291. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47722001000100015&lng=en&tlng=es.

- Chaux, F. (2012). La relación usuario/cilindro en el nuevo esquema para la prestación del servicio público domiciliario de gas licuado de petróleo "GLP". *Vniversitas*, (124), 63-90. Recuperado de <http://www.redalyc.org/html/825/82524891003/>
- Cubides, J., Pinilla, J., Torres, J., & Vallejo, G. (2016). *Derecho público en el siglo XXI Regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos* (1st ed.). Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- De La Calle, J. M. (2012). Abogacía de la competencia: La nueva tarea de la Superintendencia de Industria y Comercio. *Revista de derecho y economía* 36. *Con-texto*, 36, 59. Recuperado de <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/contxtto36&div=8&id=&page=>
- Echeverri, Á. (2013). La noción del servicio público y el Estado social de derecho. El caso colombiano. *Novum Jus*, 7(2), 111-127. Recuperado de http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/658
- Flórez, D. (2011). La empresa colombiana: ¿una víctima del Estado? Las ayudas del Estado a las empresas y el debate sobre la libre competencia. *Revista de Derecho Privado*, (45). Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=3600/360033194005>
- García, J. M. (2011). Sistemas de incentivos económicos y no económicos para el manejo forestal sustentable en Ecuador. *Polémika*, 3(7). Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/251238664_Sistemas_de_incentivos_economicos_y_no_economicos_para_el_manejo_forestal_sustentable_en_Ecuador
- Gómez, Y. L. (2018). La necesidad de intervención del estado en la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica en Colombia. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/19549>
- Lenis, A. (2004). Las agencias independientes o comisiones de regulación. *Revista De La Maestría En Derecho Económico*, 2(2), 113-173. Recuperado a partir de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/revmaescom/article/view/7229>

- Miranda, A., & Gutiérrez, J. D. (2006). Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio vs Los Beneficios de la Competencia (Economic Foundations of Competition Laws: The Benefits of Monopoly vs. The Benefits of Competition). Rev. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), 2(2), 269-400. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2614981
- Miranda, A., & Márquez C. P. (2004). Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación. Universitas, 53(108), 71-117. Recuperado de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14723>
- Ossa, C. E. (2014). Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 44(120), 181-219. Recuperado de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/2685>
- Palacios, A. (2013). El Derecho De La Competencia: ¿Derecho Privado, Derecho Público, Regulación O Derecho Económico? (Competition Law: Private Law, Public Law, ¿Regulatory or Economic Law?). Revista Digital de Derecho Administrativo, (9). Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3496/3562>
- Poza, C., Mateo, P., & Solana, G. (2012). Gestión de las barreras de entrada de la empresa española en su proceso de implantación en mercados emergentes: los casos de China, Brasil y México. Revista EAN, (73), 184-195. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-81602012000200011&lng=en&tlng= .
- Rozo, C. Y. (2006). Marco jurídico y regulatorio del servicio público domiciliario de gas licuado de petróleo. Tecnogestión, 3(1). Recuperado de <https://revistas.udistrital.edu.co/index.php/tecges/article/view/4340>
- Santofimio, J. (2017). Compendio de derecho administrativo (1st ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Soto, J. A. (2014). La defensa de la competencia y el alcance de las ayudas públicas en el marco de los tratados de libre comercio. Vniversitas, 63(128), 315-355. Recuperado de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/10177>

Superintendencia de Industria y Comercio. (2019). Definiciones sobre competencia | Superintendencia de Industria y Comercio. Recuperado de <http://www.sic.gov.co/que-es-la-libre-competencia>

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. (2018). Informe Gestión De Trámites 2018. Del 1 de abril a 30 de junio de 2018. Bogota. Recuperado de <http://www.superservicios.gov.co/content/download/25370/199136/version/1/file/Informe+PQR+-+Segundo+Trimestre+2018.pdf>

Velandia, M. (2011). Derecho de la competencia y del consumo (2nd ed.). Bogotá: Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.

*** Leyes**

Congreso de la República de Colombia. (1994). Ley 142 de 11 de julio, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

*** Jurisprudencia**

Corte Constitucional de Colombia (1992). Sentencia T-540 de septiembre 24. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.